A metafísica jurídica na Alemanha

DJACIR MENESES
Diretor da «Faculdade de Ciências Econômicas do Ceará»

Na fecundidade do pensamento jurídico alemão das últimas décadas, cortam-se, em variadas direções, doutrinas variadíssimas. O leitor desprevenido perde-se. E muitos volvem ao mito divulgado de que "a literatura germânica é profunda, mas nebulosa"...

Bem sei que, principalmente em matéria jurídica, as especulações dos pensadores tem que obedecer ao ritmo dos traçados políticos—e os filósofos juristas da Alemanha atual dão-nos a prova mais viva disso. Nem sempre, nas horas ditatorialmente fortes, o filósofo pode expor lucidamente suas opiniões. As imagens, a nebulosidade, o simbolismo, o disfarce, surgem sob certa pressão social, exigindo interpretação aguda. Isso torna o acesso ao pensamento do filósofo mais dificil,—e o pensador pensa apenas para uma *élite* diminuta.

Quem já estudou as páginas de um Theodor Sternberg, em *Einfuehrung in die Rechtswissenchaft*, de um Ehrlich, em *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, de Radbruch, na *Rechtsphilosophie*, sabe perfeitamente que a clareza expositiva não é privilégio único do gênio latino. Mas quem leu Husserl, Laski, Scheller ou Heidegger embrenha-se no cipoal metafísico mais complicado do mundo contemporâneo.

Chega-se a conjecturar nas causas que determinam aquele movimento de procura do transcendente. E essas causas não são psicológicas, são, acima de tudo, externas, sociais. A análise positiva dos fatos não pode ser feita com sinceridade: nem todo pensador continua calmo diante das fogueiras de Savanarola ou dos tribunais de Galileu.

Daí, toda essa fabricação metafísica, que é uma fuga para o transcendente. Na Alemanha, a filosofia

clássica facilitou a fuga: o arsenal clássico foi aproveitado, transformado, adaptado às exigências atuais. Como, porem, continuam dessedentando-se no manancial que bróta na Gália, principalmente os sábios da província, ouve-se continuadamente, como verdade incontrastavel, o refrão de que só o francês é límpido e didático.

1.

Mas meu intuito aquí é comentar um aspecto da teoria de Kelsen no que tange à natureza da norma jurídica. Cumpre antes responder: qual a posição de Kelsen no pensamento contemporâneo?

Não se poderia em poucas palavras definir a poliscópica variedade de matizes que separam os mais altos representantes da filosofia jurídica alemã e austríaca nos últimos decênios do século XIX e começos do século XX. Em todo caso, num critério geral e um tanto vago, pode-se admitir duas direções: aquela em que dominam preocupações lógicas e gnoseológicas (a chamada "escola de Marburgo") e aqueloutra em que se acentuam as preocupações éticas ou valorativas (a chamada "escola de Baden" ou "sul-ocidental").

Em ambas se pressente a influência poderosa do neo-kantismo.

Todo o rumor filosófico que porventura se ouve agora nos arraiais que falam alemão na Centro-Europa (se é que o tinir das espadas, numa aragem de guerra, não calou o rumôr de vozes, principalmente, de vozes filosofando), é um diálogo entre essas duas tendências, ambas reacionárias e ambas idealistas, sob a grande aza direita de Kant. Indaga-se:

—Todas as teorias jurídicas se resolvem apenas em elementos lógicos e gnoseológicos?

—Ou sobre aqueles componentes entram outros elementos éticos irredutiveis à lógica, autônomos e característicos?

A escola marburgiana afirma a primeira tese: é o logismo formal, onde estão Stammler, Cohen, Natorpo, Liebert, Cassirer, Kelsen...

A escola sul-ocidental afirma a segunda tese: é o eticismo jurídico, a valoração axiológica, onde figuram Lask, Radbruch, Scheller, Münsch...

A escola de Viena, com Kelsen, Merkl, Verdross, Kaufmann, Schreier, é, em grande parte, projeção do pensamento central idealista de Marburgo.

E Kelsen e Merkl levam o apriorismo lógico da escola ao mais alto gráo que se poderia esperar no domínio da pura especulação jurídica.

2.

Podemos agora tocar no ponto que motiva estas linhas.

Que diferença há entre a norma jurídica e a lei natural? Como a estuda Hans Kelsen? (1)

Em pequeno trabalho publicado há mais de um ano analisamos o assunto em ponto de vista sociológico e jurídico. Abordamo-lo agora à luz de critério particular de determinada doutrina. (2)

Para acentuar a divisória entre a "lei" e a "norma", Kelsen aviva muito a diferença entre uma e outra. O ser *(Sein)* e o que deve ser *(Sollen)* são dois mundos irredutiveis, que se não interpenetram. Já Windelband preparara o terreno ideológico dessas especulações, escrevendo:

"Sollen und Sein, Wert und Wirklichkeit muessen verschieden sein. Fielen Norm und Realität zusammen, so hörte alles Werten auf, dessen alternativer Charakter in Bejahung und Verneinung jene Verschiedenheit voraussetzt." (3)

O que *é*, investigado pela sociologia, não se confunde com o que *deve ser*, o *Seienden* e o *Seinsollenden*, segundo Radbruch. Esta segunda categoria é privativa e primordial da ciência jurídica.

Por isso, no domínio jurídico, não se pesquisa a *causa*, mas o fim *(Zweck)*, não a *realidade*, mas o *valor (Wert)*. Pode-se dizer: não se pesquisa o direito positivo, que *é*, mas o direito justo, que *deve ser*. Compreende-se como, seguindo essa marcha, Stamm-

---

(1) — Estudei o assunto in *A Regra Jurídica*, 1936. Cf. tambem minha *Introdução à Ciência do Direito*, capítulos finais.

(2) — Djacir Meneses, *A Regra Jurídica*. A indicatividade e a imperatividade na epistemologia jurídica. 1935.

(3) — Windelband, *Einleitung in die Philosophie*, 1923, p. 425, passim.

ler foi cair nas especulações jusnaturalísticas e semi-escolásticas de um Direito natural de conteudo variavel...

Mas o "ser" e o "deve ser" são, como dissemos, irredutiveis. Portanto, não se pode derivar um do outro. Há entre eles uma antítese lógico-formal intransponivel e inabluivel.

Para atenuar essa nítida antítese entre uma esfera cega aos valores *(wertblind)* e a esfera valorativa *(bewertend),* Radbruch lança a ponte transitiva, que ele chama da cultura, referente a valores *(wertbeziehend).* Mas era preciso contemplar a religião! Os valores religiosos! E vem uma super-esfera valorativa, *überwertend,* onde se apuram ideais e quimeras supremas...

Mas volvamos ao "ser".

Qual o mundo do "ser"? A realidade, a natureza, no seu largo e inabarcavel processus fenomênico universal. E o mundo do "dever ser"? O mundo da cultura, com toda a fenomenologia estudada por Max Weber. (4) Eis os traços gerais da escola marburgiana.

Foi a Husserl, nas suas primeiras especulações, que coube a missão de esclarecer o tema, abrindo caminho à nova metafísica germânica. No volume 1. de *Logische Untersuchungen,* a páginas 40, contrapõe o *Sein* e o *Seinsollen* — e pretende decompor toda proposição normativa em proposições valorativas. Assim: "Um A deve ser B", ele analisa: "Um A, que não é B, é um mau A" ou "Somente um A, que seja B, é um bom A." (P. 41)

Os julgamentos valorativos foram desentranhados do primeiro. Para ele, toda disciplina prática, e, *a fortiori,* normativa, pressupõe, servindo-lhe de fundamento, disciplinas teoréticas. Assim, as duas proposições acima, no exemplo dado, não derivam da primeira que as pressupõe. Elas possuem estrutura teorética; a proposição "Um A deve ser B" é normativa, estruturalmente diversa delas.

Não posso esmiudar aqui o pensamento de Husserl, que é sutil e profundo. Espero fazê-lo em obra

---

(4) — *Wirtschaftsgeschichte,* 2.ª ed., 1924.

especial, que verse particularmente o tema. Entretanto, o que disse é o suficiente para a continuação da crítica.

Enquanto na realidade se buscam *leis*, que exprimem relações causais, no mundo do valor se investigam *normas*, que exprimem relações teleológicas *(Soll-Sätzen, den Charakter einer gewissen Idealität)*, segundo os próprios dizeres de Kelsen.

A necessariedade das leis naturais não existe na norma, conjectura Kelsen. Se existisse, tirava-lhe sua especificidade: uma e outra eram aspectos da mesma relação.

É claro que não se pretende uma pura e simples assimilação de norma, visando disciplinar o comportamento humano às condições do grupo, à lei natural, exprimindo o comportamento de fenômenos da natureza. Mas de qualquer lei natural pode-se tirar uma norma: isto é, converter um enunciado em indicativo, num enunciado em imperativos, implicando previsão e consequências determinadas. Mas isso *cria* um mundo de imperativos, com realidade própria? Há necessidade dessa hipostase? Porque não ver nele senão uma *técnica*, uma *forma*, sem realidade própria e autônoma?

Quem não enxerga aí um artifício do idealismo filosófico-jurídico?

Foi, aliás, o que sustentei no meu trabalha *Naturgesetzlichkeit und soziales Leben*, em 1935. (5)

Para Kelsen, a norma não é explicativa, como a lei natural, mas motivadora dos fatos. Sua eficacia reside no estatuir o que *deve ser*, não só no traçar o regramento dos fatos. Se o regramento, que estabelece, fosse *necessário*, ela perderia seu carater de norma, seria idêntica à lei natural, seria explicativa.

A Ciência do Direito, para o professor de Viena, tem como objeto primacial o estudo dessas normas, com exclusão absoluta de qualquer *elemento estranho ao que deve ser*. Cumpre-lhe explanar os conceitos, as ficções jurídicas, segundo as puras exigên-

---

(5)—Djacir Menezes, *Naturgesetzlichkeit und soziales Leben*, 1935. Husserl, *Logische Untersuchungen*, v. 1.º, paginas 40—47, passim.

cias da normatividade. Nesse caminho de plena lógica juriforme, Kelsen pretende uma ciência jurídica expurgada de qualquer eiva sociológica ou meta-jurídica. Um reino puro do Direito, com métodos peculiaríssimos.

Enquanto Sternberg no-lo assegura, que só a sociologia nos dará a garantia objetiva do Direito, Kelsen assevera o oposto: a necessidade da metodologia jurídica estreme de técnicas psicológicas ou sociológicas. E explica-nos: a geometria não se interessa pela materialidade dos corpos, mas somente por suas relações de posição; a ciência pura do Direito não perquire a natureza das relações sociais, é uma "espécie de geometria dos fenômenos jurídicos"...

3.

Essa oposição cinde os dois reinos, o da "natureza" e o da "sociedade" como antinômicos. Outros autores falam na "natureza" e no "espírito", onde surgem os fenômenos sociológicos e onde Kelsen mesmo põe o Estado. É o que se lê aquí:

"Nicht im Reiche der Natur—der physisch-psychischen Beziehungen—sondern im Reiche des Geistes steht der Staat."

Depois dessa digressão, é natural que me perguntem: e que conclusão tirar?

Respondamos sucintamente. Afirmar que a sociedade *continua* a natureza pouco adianta. Na sociedade vigem leis específicas à matéria social, que não são assimilaveis, pura e simplesmente, às leis da física. Mas isso não importa aceitar a negação de que as leis da sociedade sejam parênteses excepcionais às leis universais da física, que elas não contrariam. Será uma contradição? Se nos mantivermos dentro da lógica mecanicista, do determinismo unilinear e da causalidade mecânica, não haverá saida: é uma redonda contradição. Mas se tivermos no espírito a noção moderna e opulentíssima do determinismo descontinuista e estatístico, admitindo *áreas* e *ciclos de causalidade*, e *sistemas relativamente fechados de causação*, compreendemos logo a especificidade das leis nos diversos planos da fenomenalidade univer-

sal. Foi esse grande problema da moderna epistemologia científica que estudei no meu ultimo livro *O Princípio de Simetria* (6). Não podemos volver aquí ao ponto.

Quanto à norma jurídica.

Não se nega que se elabore no ambiente cultural de cada grupo social. Não se desconhece sua função de regramento da conduta humana. Antes de ser consciente, porem, já existe como expressão do equilíbrio dos interesses das unidades do grupo considerado. Nasce de necessidades da vida em comum, continuando processos biológicos de acomodação à *con*vivência. São determinadas causalmente. A repetição de práticas favoraveis à vida grupal, em fases mais avançadas, leva os indivíduos à percepção mais clara de sua necessidade, harmonizando-se em corpo mais coerente de normas.

Em primeiro lugar, está a vida prática, a ação humana, da qual se desprendem indicatividade e imperatividade, isto é, a lei e a regra, o que *é* e o que *deve ser*. O espírito reflete *os* fatos e reflete-se *nos* fatos, porque percebe-os e reage sobre eles. Nos fenômenos mais elementares já vislumbramos os lineamentos do problema tremendo.

Ele se prende à questão da teoria e da prática, sobre que se tem gasto tanta tinta.

Essa orientação parece solucionar o impasse levantado entre a norma e a lei. Porque não se elimina a explicatividade da norma e seu carater de necessidade: assimila-se, consequentemente, à lei natural, embora conservando, no plano social, certa especificidade: regra ações futuras, pode ser conteudo da vontade. Mas porque tambem o conhecimento de uma lei natural não pode ser conteúdo da vontade, modificando formas de comportamento?

Kelsen, como tantos outros argutíssimos raciocinadores na esfera da filosofia jurídica, deixa-se levar por sutilezas excessivas. Refinam e depuram, afiadíssimos, as mais delicadas noções de logismo jurídico. E ficam, de posse de conceitos tão admira-

---

(6)—Djacir Meneses, *O Princípio de Simetria e os Fenômenos Econômicos*, Pongetti, 1939.

veis, longe da realidade social onde está palpitando o direito, que está continuamente se realizando, pois

Was sich nicht realisiert, ist kein Recht, und umgekehrt was diese Funktion ausübt, ist Recht, auch wenn es noch nicht als solches anerkannt ist. (7)

Em uma das proposições que apresentei, em concurso à cadeira de Introdução à Ciência do Direito, formulei concisamente esta tese, que resume toda uma orientação:

«O *ius cogens* é dado histórico, variavel em função da estrutura social: quando os antagonismos econômicos ameaçam o equilíbrio existente, urge maior soma de violência do Estado. A regra jurídica impregna-se fortemente de conteudo econômico.» (8)

Essa orientação, exigindo o estudo da sociedade onde se elabora a regra, de acordo com o ditame *ius oritur ex facto*, subverte esse pretenso logismo jurídico construido *à outrance*, com conceitos à priori, graças às maravilhas do próprio espírito.

Mas volvamos agora as vistas a Max Weber.

O grande número de suas obras desdobra em vários domínios da especulação sociológica, impondo seu nome como um dos representantes mais autênticos do pensamento alemão atual.

4.

Disse que Max Weber ocupa uma posição de destaque. Bem sei que persiste relativamente desconhecido da maioria dos leitores brasileiros. Ele não foi ainda reduzido a clave de sol, isto é, posto em brochura vernácula, como gostava de dizer Tobias Barreto. O livro estrangeiro excessivamente caro — e as traduções brasileiras completamente despoliciadas da crítica profilática que seria de desejar.

Mas falemos de Max Weber. É na sua obra *Wirtschaft und Gesellschaft*, cuja 2ª. edição é de 1925,

---

(7)—O que, em vernáculo, exprime: «O que não é realizavel, jamais pode ser direito, e, ao contrário, tudo que desempenha essa função, é direito, mesmo antes de ser como tal reconhecido.» Jhering, *Ceist des roemischen Rechts*, vol. 1º, p. 49, edição de 1924, Leipzig.

(8)—*Teoria Científica do Direito*, proposição IX, p. 111.

Tübingen, que se encontram as considerações que me sugeriram estas reflexões. Certas afirmativas do sociólogo alemão suscitaram em meu espírito objeções em torno dos temas que venho desenvolvendo.

O primeiro refere-se à questão da "positividade" da sociologia e das chamadas ciências históricas. Aceito a "historicidade" de todas as ciências. Quero dizer, todas são processus históricos, que vem se desenvolvendo no tempo, através de gerações e gerações, refletindo graus diferentes de adaptação dos grupos humanos no aproveitar as energias naturais. Como se depreende, a ciência é compreendida ligada às condições sociais determinadas. A interpretação dos fatos físico-naturais foi mais facil ao espírito humano: por isso mesmo as ciências designadas como exatas constituiram-se mais cedo. A interpretação dos fatos da sociedade resiste mais à constituição científica e ao tratamento científico. E ainda há quem gaste muita tinta para provar que tais ciências não existem ou, se existem, são *diferentes:* são ciências morais ou históricas. Nelas, na opinião deles, não dominariam as leis da causalidade, mas as da finalidade.

Weber não vem negar que a história seja uma ciência. Mas toma posição original diante do problema.

Para ele, a história tem leis específicas e objetivas. E só se dilucidarão essas leis abandonando-se o preconceito herdado do positivismo que consiste em não se conceituar como positiva senão a ciência que estabelece leis.

Estou com esse "preconceito", porque a ele fui levado pela própria história das ciências e pelas próprias ciências. Todas as ciências atravessam um período de acumulação de fatos, de registro, de descritividade, em que os pormenores se amontoam. Do confronto deles é que resultam as primeiras relações, agrupando tantos fatos em certos esquemas, que os coordenam. Começa a elaboração científica dos conceitos e a preparação de leis, que se aperfeiçoam em leis mais gerais, em sucessivas revisões de análises e sínteses, que jamais cessam.

Weber impressiona-se com o "infinito do mundo sensivel", que parece fazê-lo irredutivel a leis. Mas isso resulta apenas da impossibilidade de solver a

questão dentro dos domínios da lógica formal. Sem o conceito estatístico de lei, como deriva do determinismo descontinuista elaborado na própria física moderna, a resposta procurada por Weber não poderá nunca ser encontrada. A única resposta, é engenhosa, é justamente a que ele nos dá, decidindo que na história temos de procurar uma realidade significativa, etc. O que é paralelo à solução de Rickert e de Windelband, com seus mundos de valores, etc.

Mas, em meio a sua argumentação, Max Weber é lúcido, e muitas vezes, surpreende. Assim, quando nos diz que o fato não se deduz da lei. Compreendo em sentido positivo. Isto é, que o fato ou fenômeno é constatado: dele ou deles se inferem as leis, que são revisiveis ou retificaveis *in fieri*.

Diz ainda que os conceitos são instrumentos para melhor apreender o mundo, mas não admití-los feitos e acabados, à maneira da metafísica. Aquí é profundo: admitir os conceitos variaveis sempre se tomando consciência de sua inadequação ao real, e, por isso mesmo, essa inadequação diminue, ampliando o nosso saber. Se não fosse complicar mais o problema, faria a comparação com o que Windelband chamou *selektive Sinthesis*, no seu livro *Einleitung in die Philosophie* (3ª. edição, Tübingen, 1923, p. 236 -237.)

Mas Weber estabelece como base das ciências morais a "compreensão",—que ele dá como indefinivel. No mundo natural, há relações de causalidade, no mundo das ciências morais, relações "compreensivistas", isto é, de meios a fins, ou melhor ainda, de "motivos" a "atos". Isso está alem do mundo sensivel, e para Weber caracteriza justamente as ciências morais.

Chega, portanto, de uma maneira original às mesmas conclusões alcançadas por Rickert, por Windelband, por Cohen, por toda a escola de Marburgo.

Realmente, a todo esse resultado só poderia levar o método introspectivista, que se propõe a destrinçar as relações externas, do mundo social e jurídico, segundo suas projeções na própria mentalidade do indivíduo. Quando esse indivíduo é Max Weber, então o resultado é essa assombrosa divagação especulativa, que tantas vezes perde o pé do terreno dos fatos e voa quimericamente alto.